

## University of Groningen

### Consumentengoederenrecht

Pavillon, C.M.D.S.; Vonck, F.J.

*Published in:*  
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Pavillon, C. M. D. S., & Vonck, F. J. (2018). Consumentengoederenrecht: Over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2018(3), 80-88. [NTBR 2018/12].

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Consumentengoederenrecht: over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW

NTBR 2018/12

**Erfpachtvoorwaarden die door de grondeigenaar zijn bestemd om in meerdere rechtsverhoudingen te worden gebruikt, zijn algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 sub a BW. Is sprake van uitgifte aan een natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen, dan komt (ook) de Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG) in beeld. Een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden trekt in dit verband bijzondere aandacht. Het hof oordeelt een herzieningsregeling (na een ambtshalve toetsing) oneerlijk en maakt bij de onderbouwing van zijn oordeel gebruik van de – in zowel nationale als Europese rechtspraak vaker gehanteerde – vergelijking met de fictieve situatie zonder het beding. In deze bijdrage wordt – na een korte verhandeling over de casus van het arrest en het oordeel van het hof – besproken hoe een dergelijke vergelijkingstoets kan plaatsvinden als de wet geen duidelijk referentiekader geeft.**

## 1. Inleiding

Grootgrondeigenaren maken bij de uitgifte van hun terreinen sinds jaar en dag gebruik van standaardvoorwaarden. Dat geldt niet in de laatste plaats voor degenen die hun eigendommen uitgeven in erfpacht. Deze standaardvoorwaarden – die de goederenrechtelijke erfpachtrelatie zullen beheersen – zijn vaak vastgelegd in een afzonderlijke akte, die op de voet van art. 46 Kadasterwet is ingeschreven in de openbare registers. In de akte van uitgifte wordt vervolgens naar deze algemene bepalingen verwezen. Ook komt voor dat grondeigenaren een modelakte met standaardbepalingen hanteren, die steeds wordt afgestemd op het individuele geval.

Erfpachtvoorwaarden die door de grondeigenaar zijn bestemd om in meerdere rechtsverhoudingen te worden gebruikt, zijn algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 sub a BW.<sup>2</sup> Is sprake van uitgifte aan een natuurlijke persoon

die handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen, dan komt (ook) de Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Richtlijn 93/13/EEG) in beeld. De rechter dient dan – zo nodig ambtshalve<sup>3</sup> – te toetsen of het beding “in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort” (art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG). Is dat het geval, dan is het beding ‘oneerlijk’ en moet de rechter ervoor zorgen dat het beding de consument niet bindt (art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG). Deze toets en bijbehorende sanctie zijn omgezet in art. 6:233 sub a BW jo. art. 6:236 BW jo. art. 6:237 BW, welke artikelen richtlijnconform moeten worden uitgelegd.

In recente rechtspraak ligt geregeld – en voor de erfpachter met wisselend succes – de vraag op tafel of een dergelijke ‘aanzienlijke verstoring’ aanwezig is. Vaak gaat het daarbij om bedingen die de grondeigenaar de bevoegdheid toekennen om de voorwaarden – met name de hoogte van de canon en de toepasselijke algemene bepalingen – eenzijdig te veranderen.<sup>4</sup> Een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden trekt in dit verband bijzondere aandacht.<sup>5</sup> Het hof oordeelt een herzieningsregeling (na een ambtshalve toetsing) oneerlijk en maakt bij de onderbouwing van zijn oordeel gebruik van de – in zowel nationale als Europese rechtspraak vaker gehanteerde – vergelijking met de fictieve situatie zonder het beding.<sup>6</sup> Bij die vergelijkingstoets wordt de bestaande rechtsverhouding (met de herzieningsregeling) vergeleken met een referentiesituatie, om vervolgens vast te stellen in hoeverre in verhouding tot die referentiesituatie sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht.<sup>7</sup> Die toets vergt dat de rechter vaststelt

1 Citeerwijze: C.M.D.S. Pavillon & F.J. Vonck, ‘Consumentengoederenrecht: over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW’, NTBR 2018/12, afl. 4. Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder consumentenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Mr. F.J. Vonck is universitair docent notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en professional support lawyer bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam.

2 Dat hieraan niet afdoet dat een erfpachtverhouding geen ‘overeenkomst’ is, is intussen uitvoerig in de literatuur belicht. Zie (met verwijzingen) F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2013, p. 172 e.v., K. Everaars, ‘Europees recht en erfpachtvoorwaarden’, WPNR 2015/7061 en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216a.

3 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans (Heesakkers/Voets).

4 Zie – behalve het in deze bijdrage besproken arrest – zeer recent Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (na verwijzing door HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, TBR 2016/193, m.nt. C.M.D.S. Pavillon & F.J. Vonck), waarin de door de gemeente Amsterdam gehanteerde systematiek, waarin de erfpachtcanon en de algemene bepalingen elke vijftig jaar worden herzien, geoorloofd wordt geacht. Zie voorts Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, dat in een geval van ‘particuliere erfpacht’ (gekenmerkt door het feit dat de grondeigenaar geen overheidslichaam is) het eenzijdige wijzigingsbeding wel oneerlijk achtte, mede omdat het beding aan financierbaarheid en overdraagbaarheid van de erfpacht in de weg stond.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437. Dit arrest bouwt voort op een eerder tussenarrest in deze procedure gewezen op 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, Prg. 2015/290; RVR 2015/120.

6 Zie hierover ook A.G.F. Ancery, ‘Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?’, MvV 2014, afl. 4, p. 104 en C.M.D.S. Pavillon, ‘Wat maakt een beding oneerlijk?’, TvCH, afl. 2014-4, nr. 5 en 9. Een recent voorbeeld is HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (X/Dexia).

7 Zie M.H. Wissink, ‘Onroerend goed en algemene voorwaarden’, WPNR 2018/7179, par. 3.4 met verwijzingen.

wat rechtens is zonder het beding. Hierbij leunt hij meestal stevig op het wettelijk kader. Complicerende factor in deze zaak is dat de wet niets over canonherzieningen regelt. In deze bijdrage bespreken wij – na een korte verhandeling over de casus van het arrest (paragraaf 2) en het oordeel van het hof (paragraaf 3) – hoe een dergelijke vergelijkingstoets kan plaatsvinden als de wet geen duidelijk referentiekader geeft (paragraaf 4).

Bijzonder aan het arrest is voorts hoe de litigieuze canonherzieningsregeling is vormgegeven. Waar in de praktijk gebruikelijk is dat canonherziening plaatsvindt op bij de gronduitgifte vastgestelde specifieke data,<sup>8</sup> was de herziening hier gekoppeld aan de overdracht van de erfpacht. De grondeigenaar – Staatsbosbeheer – had bedongen dat de erfpachter zijn recht niet kon overdragen zonder toestemming (vgl. art. 5:91 lid 1 BW), waarbij was geregeld dat als voorwaarde voor deze toestemming in ieder geval kon worden gesteld dat de canon zou worden geactualiseerd. Door de herzieningsregeling op die manier vorm te geven, wordt bewerkstelligd dat de eerlijkheid van de herzieningsregeling kan worden getoetst in de bijzondere ‘redelijkheidsprocedure’ van art. 5:91 lid 4 BW. Op grond van die bepaling kan een op onredelijke gronden geweigerde toestemming voor overdracht worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter. Met die machtiging kan de erfpachter die geen toestemming heeft gekregen, toch zijn recht overdragen. Dit roept de vraag op in hoeverre de door de richtlijn beoogde bescherming tegen oneerlijke bedingen, zijn beslag kan en moet krijgen in de procedure bij de kantonrechter in plaats van in een ambtshalve vernietiging van het beding.<sup>9</sup> Ook die vraag beantwoorden wij in deze bijdrage (paragraaf 5). We sluiten af met een conclusie.

## 2. De onverkoopbare erfpachtwoning

Eén van de belangrijkste uitdagingen bij een emigratie – de vaste kijkers van het televisieprogramma *Ik Vertrek* weten dit – is vaak de vlotte verkoop voor een goede prijs van de woning in Nederland. Voor X – die in 2009 naar Spanje verhuist – is dit nog eens extra lastig, omdat zijn Nederlandse woning is gebouwd op erfpachtgrond die in eigendom toebehoort aan Staatsbosbeheer. Op grond van art. 10 van de toepasselijke erfpachtvoorwaarden kan X zijn recht uitsluitend overdragen indien Staatsbosbeheer daarvoor toestemming verleent. Dit beding beperkt goederenrechtelijk de overdraagbaarheid (art. 5:91 lid 1 BW): een levering zonder de vereiste toestemming sorteert – behoudens de hierna te bespreken mogelijkheid van een vervangende machtiging

van de kantonrechter (art. 5:91 lid 4 BW) – eenvoudigweg geen effect.<sup>10</sup>

Art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden regelt expliciet welke voorwaarde Staatsbosbeheer in ieder geval aan toestemming kan verbinden: herziening van de jaarlijks te betalen erfpachtcanon op basis van de actuele waarde van de grond. Bij de aankoop door X in 2007 had deze clausule geleid tot een jaarlijkse canon van € 13.750 (op basis van een getaxeerde grondwaarde van € 275.000); nu X twee jaar later wil doorverkopen wordt de grondwaarde in opdracht van Staatsbosbeheer getaxeerd op € 379.125, hetgeen resulteert in een nieuwe jaarlijkse canon van € 18.956,25. X stelt daar een andere taxatie tegenover, volgens welke de grondwaarde veel lager is (€ 286.000). X en Staatsbosbeheer sluiten vervolgens in maart 2010 een vaststellingsovereenkomst, op basis waarvan een deskundigencommissie in oktober 2010 de waarde van de ondergrond nóg lager vaststelt. Volgens hen is de waarde van de ondergrond – net als in 2007 – € 275.000.

Als het erfpachtrecht in 2012 nog steeds niet is verkocht, stelt X Staatsbosbeheer aansprakelijk voor de schade die hij heeft geleden doordat Staatsbosbeheer (tot oktober 2010) in een verslechterende markt heeft vastgehouden aan een forse canonverhoging bij overdracht.

## 3. Het oordeel van het hof

In de procedure die over deze vraag gevoerd wordt, ziet het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich ambtshalve voor de vraag gesteld of art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden een oneerlijk beding is in de zin van de richtlijn. Die vraag beantwoordt het hof in eerste instantie bevestigend, maar het college geeft partijen nog de gelegenheid om zich over dit voorshandse oordeel uit te laten.<sup>11</sup> Dat mag voor Staatsbosbeheer echter niet baten: twee jaar later blijft het hof bij zijn voorlopige oordeel.

In zijn onderbouwing gaat het hof nader in op de werking van art. 5:91 lid 4 BW. Die bepaling beoogt te voorkomen dat de overdraagbaarheid van erfpachtrechten al te zeer wordt beperkt<sup>12</sup> en regelt daartoe dat het erfpachtrecht ook kan worden overgedragen *zonder* toestemming van de grondeigenaar, *mits* een vervangende machtiging van de kantonrechter is verkregen. Zo’n machtiging kan de erfpachter krijgen als de grondeigenaar zijn toestemming op onredelijke gronden weigert (of onder onredelijke voorwaarden verleent<sup>13</sup>) of als hij op een verzoek om toestemming in het geheel niet reageert. Het hof meent dat art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden de beoordelingsruimte van de kantonrechter te zeer inperkt. Zo overweegt het hof in zijn tussenarrest uit 2015 reeds (r.o. 6.6):

“In het beding is bepaald dat door Staatsbosbeheer aan de toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht

<sup>8</sup> Vgl. bijv. art. 11 lid 2 van de Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 van de Gemeente Amsterdam, waarin is vastgelegd dat de canon iedere vijftig jaar wordt geactualiseerd. Zie voorts art. 11 van de Algemene voorwaarden erfpacht en opstal Staatsbosbeheer 2015, die uitgaan van een herziening iedere tien jaar.

<sup>9</sup> Nationale rechters moeten nationaal recht zoveel mogelijk interpreteren in het licht van de doelstellingen van de richtlijn (HvJ EG 13 november 1990, zaak C-106/89 (*Marleasing*)). Bij de Richtlijn oneerlijke bedingen gaat het om de interne markt maar vooral ook om de effectieve beschermingsdoelstelling.

<sup>10</sup> *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/224.

<sup>11</sup> In lijn met het beginsel van het hoor en wederhoor, HvJ EU 21 februari 2013, zaak C-472/11 (*Banif Plus Bank*).

<sup>12</sup> Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 312-313.

<sup>13</sup> *GS Zakelijke rechten*, art. 5:91 BW, aant. 8 (F.J. Vonck).

*'in ieder geval'* als voorwaarde gesteld kan worden dat de canon op een actueel peil wordt gebracht alvorens tot overdracht wordt overgegaan. [appellanten] kunnen de door Staatsbosbeheer gestelde voorwaarde weliswaar voorleggen aan de kantonrechter en deze kan op grond van artikel 5:91 lid 4 BW de redelijkheid daarvan toetsen, maar dat redelijkheidsoordeel wordt in voor de consument beperkende zin begrepen door het omstreden beding. De redelijkheid van de prijswijziging wordt immers mede bepaald door hetgeen partijen zijn overeengekomen. Het onderhavige beding beperkt een dergelijke toetsing door de kantonrechter tot de vraag of de voorwaarde van actualisering van de canon in concreto redelijk is en is daarmee geen open toetsing meer. De vraag of onder de gegeven omstandigheden mag worden geactualiseerd is namelijk al een gepasseerd station. [appellanten] worden hiermee dan ook in een minder gunstige rechtspositie geplaatst dan welke zou gelden volgens het geldende nationale recht, het beding weggedacht."

In het eindarrest bouwt het hof op die gedachte voort (r.o. 2.5.12):

"Door op voorhand in de erfpachtvoorwaarden te bedingen dat de hier bedoelde voorwaarde *in ieder geval* mogelijk was, werd beoogd deze te onttrekken aan de toetsing daarvan door de Kantonrechter. Daarmee wordt het contractuele evenwicht tussen erfverpachter en erfpachter zoals dat voortvloeit uit de wet, door artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden, in ernstige mate verstoord[d]."

De aangehaalde rechtsoverwegingen zijn erop gericht de bestaande rechtsverhouding te vergelijken met de – fictieve – situatie waarin het desbetreffende beding (art. 10 lid 3) niet zou zijn overeengekomen.<sup>14</sup> Aldus wordt vastgesteld of (in vergelijking met de laatste situatie) in de eerste situatie sprake is van een aanzienlijke verstoring van de contractuele verhouding in het nadeel van de consument (art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG).<sup>15</sup> In het bijzonder omdat de erfpachter zonder art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden aanzienlijk beter af zou zijn geweest, acht het hof het beding oneerlijk. In de volgende paragraaf staan we uitgebreid stil bij de door het hof in het kader van de verstoringstoets gemaakte vergelijking tussen enerzijds de situatie mét het beding en anderzijds wat rechtens is zonder het beding.

#### 4. De vergelijkingstoets

##### 4.1 De vaststelling van de situatie mét het beding

De vergelijkingstoets begint met de bestaande rechtsverhouding, dus de situatie *mét* het beding. Het bepalen van die uitgangssituatie vergt dat de rechtsverhouding wordt uitgelegd en dat de implicaties van het beding (met als peilmoment dat van de contractsluiting<sup>16</sup>) op juiste wijze worden ingeschat. Het is de vraag of het hof daarin volledig is geslaagd. Volgens het hof beoogt art. 10 lid 3 de voorwaarde te 'onttrekken' aan de redelijkheidstoetsing die de kantonrechter in een art. 5:91-lid-4-procedure verricht. Dit lijkt ons echter niet waarschijnlijk.

Art. 10 lid 3 doet er niet aan af dat X – indien hij meent dat Staatsbosbeheer met het verlangen van een canonverhoging een onredelijke voorwaarde stelt – zich kan wenden tot de kantonrechter, waarna deze – indien hij zich met de opvatting van X kan verenigen – vervangende machtiging tot overdracht kan verlenen. In een dergelijke procedure legt de kantonrechter een relatief ruime toets aan.<sup>17</sup> Hij beoordeelt niet of Staatsbosbeheer de toestemming "kenmerkend zonder redelijke grond" heeft geweigerd (zoals bij een geweigerde toestemming voor splitsing in appartementsrechten ex art. 5:106 lid 7 BW), en evenmin of het weigeren van toestemming bijvoorbeeld misbruik van bevoegdheid oplevert; de kantonrechter toetst de aangevoerde redenen integraal aan de redelijkheid. Komt de kantonrechter tot het oordeel dat deze gronden onredelijk zijn, dan dient hij vervangende machtiging te verlenen en kan de erfpachter het recht overdragen.<sup>18</sup> Hij kan eventueel (wel redelijke) voorwaarden verbinden aan de machtiging, maar dat is geenszins vereist.

Dat een erfverpachter een voorwaarde stelt die al in de erfpachtvoorwaarden is vastgelegd, zal wel invloed hebben op het oordeel van de kantonrechter. Terecht oordeelt het hof (r.o. 6.6 van het tussenarrest) dat de redelijkheid van de voorwaarde mede wordt bepaald door hetgeen partijen zijn overeengekomen. Wanneer uitdrukkelijk in de vestigingsakte is vastgelegd dat de canon bij overdracht kan worden herzien (en de erfpachter aldus bij aankoop kan weten wat hem bij doorverkoop te wachten staat), zal een dergelijke herziening sneller redelijk zijn dan wanneer in de erfpachtvoorwaarden met geen woord over zo'n herziening wordt gerept en uitsluitend is geregeld dat de erfpachter voor overdracht de toestemming van de grondeigenaar nodig heeft. De redelijkheid van de voorwaarde hangt af van de omstandigheden van het geval, waarvan de erfpachtvoorwaarden een onderdeel

14 Zie o.a. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11, NJ 2013/374 (Aziz), HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-226/12, NJ 2014/247 (Constructora Principado) en het door het hof aangehaalde HvJ EU 26 januari 2017, zaak C-421/14, RCR 2017/29 (Banco Primus) en HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (X/Dexia).

15 Er bestaan ook alternatieve methoden om de aanzienlijke verstoring vast te stellen zoals de weging van de wederzijdse rechten en verplichtingen en de redelijke verwachtingen-toets: R.H.C. Jongeneel & C.M.D.S. Pavillon, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm', in B. Wessels en R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 156-163.

16 HvJ EU 20 september 2017, zaak C-186/16 (Andriciuc), r.o. 52 e.v.

17 Vgl. P.J.M. Ros in zijn annotatie bij het eerdere tussenarrest in de besproken procedure, gepubliceerd in *Prg.* 2015/290.

18 Vgl. HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, TBR 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (r.o. 3.9).

zijn.<sup>19</sup> Dat een financiële voorwaarde die geheel uit de lucht komt vallen al snel onredelijk zal zijn, betekent echter nog niet – omgekeerd – dat een wél geregelde voorwaarde aan de toets van de kantonrechter zou zijn onttrokken. Ook een in de akte van uitgifte omschreven voorwaarde kan – hetzij omdat de kantonrechter het beding in de akte onredelijk acht, hetzij omdat de kantonrechter de toepassing van dat beding in een concrete situatie onredelijk acht<sup>20</sup> – worden vervangen door een machtiging tot overdracht.

Zou Staatsbosbeheer het herzieningsbeding hebben willen onttrekken aan de toets van de kantonrechter, dan had hij de herziening juist moeten *loskoppelen* van de toestemming voor overdracht, door bijvoorbeeld – in plaats van art. 10 lid 3 – te bedingen dat Staatsbosbeheer (los van toestemming) steeds bevoegd is de canon te actualiseren *na* een overdracht van de erfpacht. Het beding was dan uit de sfeer van art. 5:91 BW (en de daarin vervatte redelijkheidstoets) getrokken. Zo gezien geldt dat – door het beding te plaatsen in de sleutel van de toestemming voor overdracht – de canonherziening niet is *onttrokken* aan, maar juist is *betrokken* in de toets van de kantonrechter.

De door het hof benadrukte woorden “*in ieder geval*” uit het overdraagbaarheidsbeding, maken dit alles niet anders. Een dergelijke toevoeging strekt er niet toe de kantonrechter het recht te ontnemen dat beding te toetsen; de functie van die woorden is slechts om duidelijk te maken dat de canonherziening niet de enige denkbare voorwaarde is. De grondeigenaar kan bijvoorbeeld óók nog voorwaarden stellen ten aanzien van de persoon van de beoogde rechtsopvolger.

Kortom, bij zijn vaststelling van de bestaande situatie – met het beding – als startpunt van de vergelijking, behoort de rechter mee te wegen dat bedingen in de erfpachtvoorwaarden de bescherming van art. 5:91 lid 4 BW *niet* kunnen uitschakelen. In de bestaande situatie is art. 5:91 lid 4 BW – ondanks art. 10 lid 3 – gewoon van toepassing, zij het dat de kantonrechter in zijn afweging acht kan slaan op het feit dat de herzieningsmogelijkheid bij de vestiging is voorzien. Bij de vaststelling van dit startpunt van de vergelijking zou uitgangspunt moeten zijn dat de kantonrechter art. 5:91 lid 4 BW op de juiste wijze toepast en machtiging tot overdracht verleent als de herziening onredelijk is. In dat kader is van belang dat ook de kantonrechter in een dergelijke procedure art. 5:91 lid 4 BW richtlijnconform moet toepassen; in zijn onredelijkheidstoets moet hij terugvallen op de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn 93/13/EEG.<sup>21</sup> Met andere woorden: als een beding als art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden oneerlijk is in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG, dan is het beroep op dat beding in het

kader van art. 5:91 lid 4 BW per definitie onredelijk. Hierop komen we in paragraaf 5 terug.

#### 4.2 De fictieve referentiesituatie volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden

De vergelijking vindt plaats met wat rechtens is zonder het beding. In deze fictieve referentiesituatie gelden volgens het HvJ EU “*de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen*”.<sup>22</sup> Zoals blijkt uit het door het hof gehanteerde toetsingskader, zoals verwoord in de recente Europese uitspraak *Banco Primus*, moeten er bij de aanzienlijke-verstoringstoets uit art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG<sup>23</sup> echter meer gezichtspunten dan alleen het (nationale) aanvullende recht in aanmerking worden genomen.<sup>24</sup>

“Dat onderzoek moet worden verricht in het licht van de nationale regels die van toepassing zijn bij gebreke van afspraken tussen de partijen, de middelen waarover de consument volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, de aard van de goederen of de diensten waarop de overeenkomst in kwestie betrekking heeft en alle omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst.”<sup>25</sup>

Van belang is in dit verband dat de centrale positie van het aanvullende nationale recht bij de fictieve-vergelijkingstoets gebaseerd is op de premisse dat de nationale wetgever met dit recht een “*zo billijke en doelmatige regeling van de belangen van partijen*” tot stand wilde brengen, waardoor dit recht een “*uitgebalanceerde afweging van de normaaltypische belangen van partijen*” vormt.<sup>26</sup> De fictieve situatie dient tegen deze achtergrond een weerspiegeling te vormen van een dergelijke afweging. Het hof onderkent dit in r.o. 2.5.7

19 Vgl. in deze zin F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Bju 2013, p. 31, W.G. Huijgen en B.A.G.P. Rijpert, ‘Actuele ontwikkelingen rond het recht van erfpacht’, *TBR* 2011/148, p. 812-813, V. Tweehuysen in haar annotatie bij Rb. ‘s-Gravenhage 30 november 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV3121, *JOR* 2012/233 en *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/224. Ook Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, *RVR* 2012/43 en Rb. ‘s-Gravenhage (in de vorige zin aangehaald) achten het stellen van een financiële voorwaarde niet *a priori* onredelijk.

20 Vgl. F.J. Vonck, ‘Woningen met korting: voor iedereen ‘een plek onder de zon’!’, *WPNR* 2007/6735, p. 1043-1044.

21 In gelijke zin J. Broese van Groenou, ‘Het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen’, *WPNR* 2015/7106, p. 350, voetnoot 57.

22 HvJ EU 16 januari 2014, zaak C-226/12, *NJ* 2014/247 (*Constructora Principado*).

23 Het hof gaat hier niet op in maar in de oneerlijkheidstoets van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG is ook een goede-trouw-criterium opgenomen. Of de aanzienlijke verstoring in strijd is met de goede trouw hangt ervan af “of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld”: HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), r.o. 69. De toetsing aan de goede trouw zoals verwoord in het *Aziz*-arrest draagt een overwegend inhoudelijk karakter (zie ook randnummer 74 van de conclusie van A-G Kokott). De strijd met de goede trouw ligt veelal besloten in het aanzienlijke karakter van verstoring van het evenwicht. Dit volgt uit de wijze van omzetting van de richtlijn in onder meer Frankrijk: C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 193.

24 Dat een afwijking van aanvullend recht slechts om die reden een aanzienlijke verstoring vormt, is overigens niet ondenkbaar (denk aan de collectieve toets). Een ander voorbeeld vormt HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394 (*X/Dexia*). Bij een afwijking van dwingend recht geldt een dergelijk voorbehoud niet.

25 HvJ EU 26 januari 2017, zaak C-421/14, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus*), door het Hof Arnhem-Leeuwarden woordelijk aangehaald in r.o. 2.5.4. Bij de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst valt te denken aan de vraag of de consument-erfpachter de informatie met betrekking tot de wijze van wijziging vóór het sluiten van de overeenkomst tot vestiging van de erfpacht heeft gekregen en of hij in staat is om de economische gevolgen van het beding in te schatten (HvJ 26 april 2012, *NJ* 2012/404 (*Invitel*) en HvJ EU 21 maart 2013, zaak C-92/11, *NJ* 2013/375 (*RWE Vertriebs*)).

26 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Bju 2013, nr. 247, onder verwijzing naar HvJ EU 21 maart 2013, zaak C-92/11, *NJ* 2013/375 (*RWE Vertriebs*).



en 2.5.8, waarin het art. 5:91 lid 4 BW naar voren schuift als regel die van toepassing is *bij gebreke van het beding*:

“Aan die op zich ruime bevoegdheid [ex art. 5:91 lid 1 BW om voorwaarden te stellen aan de overdracht; CP/FJV] wordt in artikel 5:91 lid 4 een grens gesteld: *“Indien de eigenaar de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek van degene die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de zaak of het grootste gedeelte daarvan is gelegen.”* [...] Daarmee heeft de wetgever een contractueel evenwicht gegeven tussen de belangen van enerzijds de erfverpachter en anderzijds die van de erfpachter.”

Ook in r.o. 2.5.12 en 2.5.14 refereert het hof aan wat rechtens is zonder het beding:

“Uiteraard had Staatsbosbeheer de voorwaarde tot het aanpassen van de hoogte van de canon wegens overdracht kunnen stellen zonder artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden. Artikel 5:91 lid 1 BW in samenhang met artikel 10 lid 1 erfpachtvoorwaarden zouden ook dan immers die mogelijkheid geven. In dat geval had de Kantonrechter deze voorwaarde echter op de voet van artikel 5:91 lid 4 BW kunnen toetsen op haar redelijkheid. (...) Het antwoord op de vraag of de kantonrechter, indien artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden wordt weggedacht, de verhoging van de canon onredelijk zou hebben geoordeeld, is bij de vraag waarom het hier gaat niet aan de orde. Het gaat immers niet om de redelijkheid van de voorwaarde in de zin van artikel 5:91 lid 4 BW maar om vraag of de voorwaarde oneerlijk is in de zin van de Richtlijn.”

Op zichzelf gaat het hof er terecht van uit dat art. 5:91 lid 4 BW een belangrijke rol heeft in de fictieve situatie zonder het beding. De schets gaat echter voorbij aan het feit dat die bepaling ook van toepassing is op de bestaande rechtsverhouding (hiervoor, par. 4.1). Verder rijst de vraag in welk evenwicht art. 5:91 lid 4 BW daadwerkelijk voorziet. Die bepaling voorziet weliswaar in een procedure bij de kantonrechter die erop gericht is evenwicht te bereiken; daarmee voorziet deze bepaling echter nog niet zelf in een materieel evenwicht. Wat het evenwicht inhoudt moet uiteindelijk door de kantonrechter worden vastgesteld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, inclusief de overige erfpachtvoorwaarden. De wettekst zelf biedt hierbij weinig houvast. Dit geldt wat ons betreft ook voor de passage uit de parlementaire geschiedenis waar het hof in dit verband naar verwijst (r.o. 2.5.8):

“Met betrekking tot dit evenwicht werd bij de totstandkoming van artikel 5:91 BW overwogen: “... dat een vervreemdingsverbod, speciaal bij de landelijke erfpacht, nuttig kan zijn.” Daarbij werd overwogen dat de vrije circulatie van goederen niet al te zeer belemmerd moet worden. Het vereiste van toestemming door de

eigenaar werd daarbij vooral wenselijk geacht omdat “het gemeenten mogelijk moet worden gemaakt enige invloed te oefenen op de persoon van de opvolger. Het kan gemeenten niet onverschillig zijn, wie op industrieterreinen of in havengebieden als erfpachters gaan optreden.” Van de te verlenen toestemming als instrument om tussentijds (eenzijdig) de contractueel voor langere tijd vastgelegde hoogte van de canon te wijzigen rept de wetsgeschiedenis niet.”

Het hof suggereert hier dat de wetgever uitsluitend heeft willen toestaan dat erfverpachters het toestemmingsbeding gebruiken om invloed te houden op de persoon van rechtsopvolgers. Dat ligt echter niet zo voor de hand. In ieder geval is die benadering moeilijk verenigbaar met de heel algemeen gekozen formulering van de wettekst, die eenvoudigweg alles toestaat wat de kantonrechterlijke toets aan de redelijkheid kan doorstaan; dat zijn niet uitsluitend de bedingen waarover de wetgever tijdens de parlementaire behandeling expliciet heeft gesproken.

#### 4.3 Onze kijk op de fictieve referentiesituatie

Wil men komen tot een vergelijking met een evenwichtige referentiesituatie, dan ontkomt men er onzes inziens niet aan om enerzijds de herzieningsregeling en anderzijds de koppeling daarvan aan het overdraagbaarheidsbeding, meer zelfstandig van elkaar te beschouwen. Ten aanzien van beide onderdelen geldt dat de wet bij het bepalen van het referentiekader weinig houvast geeft. Dat art. 5:91 BW niet voorziet in een materieel evenwicht, is hiervóór reeds belicht. Ook ten aanzien van de herziening als zodanig geldt dat de wet bij het bepalen van het referentiekader weinig houvast geeft. Art. 5:85 lid 2 BW regelt slechts dat het bedingen van een canon is toegestaan; in de wet is verder niets geregeld over *canonherzieningen*, zonder dat er aanleiding is om te veronderstellen dat het ontbreken van zo'n regeling het resultaat is van een door de wetgever gemaakte uitgebalanceerde afweging die *canonherzieningen* wil voorkomen.<sup>27</sup> In het licht van de omschreven premisse, is de wet als referentiekader dus niet geschikt. De vraag is in zo'n geval wat het dichtst in de buurt komt van een “billijke en doelmatige regeling van de belangen van partijen” gelet op de aard van de rechtsverhouding en de overige omstandigheden van het geval (denk bijvoorbeeld aan de duur van de erfpachtrelatie). Bij gebrek aan “regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen”, vergt de in het kader van de aanzienlijke verstoringsstoets uit te oefenen fictieve vergelijking enig ‘uitzoekwerk’.<sup>28</sup> Een dergelijke zoektocht zou overigens best tot de conclusie kunnen leiden dat art. 10 lid 3 van

27 Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 336 e.v., waarin de wetgever zich bewust toont van de Amsterdamse erfpachtpraktijk die zich indertijd kenmerkte door periodieke *canonherzieningen*.

28 Uit het eerdergenoemde arrest *Heesakkers/Voets* volgt dat de rechter ambtshalve feiten verzamelt ten behoeve van deze toets indien hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat de overeenkomst onder het bereik van de richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is in de zin van art. 3 lid 1 richtlijn (r.o. 3.9.1): C.M.D.S. Pavillon, ‘Het *Heesakkers/Voets*-arrest en de twee stadia van de ambtshalve oneerlijkheidstoets’, *TvPP* 2014, afl. 3, p. 81-82.

de onderhavige erfpachtvoorwaarden afwijkt van de referentiesituatie en dat sprake is van een aanzienlijke verstoring. Bij het schetsen van fictieve referentiesituatie gaat het – als gezegd – om de vraag of 1) een herziening van de canon mogelijk is en zo ja onder welke voorwaarden; en 2) of die herziening aan de overdracht gekoppeld zou kunnen zijn.

1) Aannemelijk is dat in een uitgebalanceerde regeling, herziening van de canon op zichzelf mogelijk is. Dit volgt *a contrario* uit onderdeel j en l van de indicatieve Europese lijst.<sup>29</sup> Men kan zich echter voorstellen dat dit bij een dergelijke kortlopende erfpacht (het erfpachtrecht is gevestigd op 20 april 2000 en eindigt op 18 maart 2023), toch anders is. En, als herzieningen bij zo'n korte erfpacht al mogelijk zijn, is nog de vraag hoe frequent die dan zouden mogen plaatsvinden. De vaststelling van een evenwichtig referentiekader is hier lastig, omdat de frequentie van de herzieningen en het financiële risicoprofiel van de erfverpachter communicerende vaten zijn. Dat leidt ertoe dat een beoordeling op dit punt eigenlijk alleen goed mogelijk is als men daarin ook de hoogte van de aanvangscanon betreft: in een uitgebalanceerde erfpachtverhouding met een lage aanvangscanon zullen frequentere herzieningen acceptabel zijn dan in een uitgebalanceerde erfpachtverhouding waarin de erfverpachter (door middel van een hoge aanvangscanon) is gecompenseerd voor het risico dat hij op enig moment een canon ontvangt die niet meer in overeenstemming is met de waarde van zijn investering. Ook is in dit verband relevant in hoeverre over dit aspect ten tijde van de contractsluiting is onderhandeld. Heeft de erfpachter bijvoorbeeld de keuze gekregen tussen een hoge aanvangscanon zonder herzieningen en een lage aanvangscanon met herzieningen? Terecht stelt het hof verder dat in een evenwichtige regeling waarschijnlijk beide partijen (en niet alleen Staatsbosbeheer) een herziening kunnen vragen (r.o. 2.5.11). Dat Staatsbosbeheer onder art. 10 lid 3 de keuze heeft om de canon desgewenst niet te herzien, bijvoorbeeld in het geval van dalende grondprijzen – wijkt mogelijk wel ten nadele van de erfpachter af van de gebalanceerde fictieve situatie (r.o. 2.5.11).<sup>30</sup>

2) Het is onzes inziens niet waarschijnlijk dat de wetgever – in het hypothetische geval dat hij aanvullend recht omtrent de canonherziening in het leven had geroepen – een herzieningsmogelijkheid had gekoppeld aan de overdracht. De onwenselijkheid van zo'n koppeling is echter niet zozeer gelegen in het individuele belang van de erfpachter, maar veeleer in het maatschappelijke belang van de vrije overdraagbaarheid van goederen. Die is niet gediend met deze koppeling, omdat zij erfpachters ontmoedigt hun recht over te dragen. Vanuit het perspectief van de individuele erfpachter is die koppeling echter niet nadelig. Bij een periodieke (billijke) herziening doet zich hetzelfde 'nadeel' voor op een ander (mogelijk eerder) tijdstip, terwijl de erfpachter onder de regeling van art. 10 lid 3 tenminste nog enige ruimte heeft om een onwelgevallige herziening uit te stellen door het recht niet over te dragen. Die vrijheid zal niet iedere erfpachter daadwerkelijk hebben, maar daar staat tegenover dat geen enkele erfpachter het moment van de – meer gebruikelijke – geijkte (billijke) herziening voor zich uit kan schuiven. Verder wijzen wij erop dat, zoals uitgewerkt in paragraaf 4.1, de koppeling aan het herzieningsbeding tot gevolg heeft dat de kantonrechter de herziening kan beoordelen in een art. 5:91-lid-4-procedure. De koppeling bouwt daarmee een integrale rechterlijke redelijkheidstoets in waarvan nog maar de vraag is of die ook mogelijk is bij een tussentijdse herziening op een geijkte moment. In dat laatste geval is de herzieningsbepaling te beschouwen als een bevoegdheid om de erfpachtverhouding te wijzigen (art. 7:906 lid 2 BW). De uitoefening van zo'n bevoegdheid wordt door de rechter slechts marginaal getoetst (art. 7:904 lid 1 BW), in beginsel óók als de wijzigingsbevoegdheid is neergelegd bij één van de partijen bij de rechtsverhouding.<sup>31</sup> Aldus bezien wordt – vanuit het perspectief van de individuele erfpachter – het herzieningsbeding in ieder geval niet onredelijker dóór de koppeling daarvan aan het overdraagbaarheidsbeding.

Waar het ons hier om gaat is dat het schetsen van de gebalanceerde referentiesituatie waar het beding aan getoetst wordt, een zorgvuldige afweging vergt in het licht van de gezichtspunten verwoord in het *Banco Primus*-arrest. Het hof presenteert die niet; het volstaat met het oordeel dat, het beding weggedacht, de grondeigenaar geen herzieningsbevoegdheid zou toekomen, zonder na te gaan of die fictieve situatie een billijke en doelmatige afweging van belangen weerspiegelt. Had het hof dat wel gedaan, dan was nog steeds niet uitgesloten dat art. 10 lid 3 inderdaad niet overeenkomt met de in aanmerking te nemen fictieve situatie. De onderbouwing had dan echter meer recht gedaan aan de functie van de vergelijkingstoets.

29 Hierin is bepaald dat een eenzijdige wijziging van de voorwaarden of prijs onder bepaalde omstandigheden oneerlijk is, bijvoorbeeld als de reden voor de wijziging niet geldig en transparant is en de consument geen mogelijkheid heeft om de overeenkomst op te zeggen. Over onderdeel j uitgebreid: HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, TBR 2016/193, m.nt. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck.

30 Bij een billijke herzieningsbevoegdheid rijst ook de vraag naar de frequentie van de herzieningen. Factoren die hierbij van belang zijn, zijn bijvoorbeeld dat het financiële risicoprofiel van de erfverpachter verandert naarmate de hoogte van de canon vaker kan worden afgestemd op de gewijzigde (markt)omstandigheden. Hoe langer de hoogte van de canon vaststaat, hoe hoger de aanvangscanon zou moeten zijn. Het antwoord op de vraag of sprake is van een aanzienlijke verstoring is daarom mede afhankelijk van de hoogte van de canon. Ook is in dit verband relevant in hoeverre over dit aspect ten tijde van de contractsluiting is onderhandeld. Heeft de erfpachter bijvoorbeeld de keuze gekregen tussen een hoge aanvangscanon zonder herzieningen en een lage aanvangscanon met herzieningen?

31 Vgl. HR 14 november 2003, NJ 2004/138, r.o. 3.5, waarover kritisch Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/165. Zie voorts F.J. Vonck, 'Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden', in: L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck (red.), *Naar een verbeterde vastgoedketen*, Den Haag: Bju 2015, p. 64-65.

## 5. De betekenis van de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 bij de bescherming tegen oneerlijke voorwaarden

### 5.1 Een ruimere toets

Voor de erfpachter in kwestie lijkt het probleem overigens niet zozeer de voorwaarde als zodanig te zijn geweest, maar veeleer wat er zoal mis is gegaan bij het beroep op het beding door Staatsbosbeheer. De grondeigenaar heeft gedurende een vrij lange periode vastgehouden aan een grondwaarde die – naar later bleek – ver boven de werkelijke waarde lag. Gedurende die periode was het voor de erfpachter praktisch onmogelijk zijn recht over te dragen.

Voor de beoordeling van het gedrag van de grondeigenaar in de ‘uitvoeringsfase’, biedt de op de inhoud van het beding toegespitste oneerlijkheidstoets gelet op het bijbehorende peilmoment – dat van de contractsluiting – weinig ruimte (art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG). Het BW biedt wel mogelijkheden. De erfpachter in kwestie heeft een beroep gedaan op onrechtmatig handelen door de grondeigenaar, die de overdracht heeft opgehouden door heel lang vast te houden aan een veel te hoge grondwaarde. Dat was, nu de grondeigenaar inmiddels deze voorwaarde heeft laten varen, de meest logische vordering. Zou de grondeigenaar ten tijde van de gang naar de rechter nog steeds vast hebben gehouden aan de veel te hoge grondwaarde, dan had een beroep op art. 5:91 lid 4 BW in de rede gelegen. In die procedure kan de opstelling van de grondeigenaar wél meewegen bij de toets die de kantonrechter hanteert. De vervangende machtiging tot overdracht kan in die procedure worden gegeven omdat het beding onredelijk is (terwijl er geen omstandigheden zijn die ervoor zorgen dat het beroep op het beding desalniettemin redelijk is), maar ook omdat het beding als zodanig weliswaar geoorloofd is, maar het beroep daarop van de grondeigenaar – in de gegeven omstandigheden – juist niet.

### 5.2 Een richtlijnconforme toepassing van art. 5:91 lid 4 BW

De open norm uit dit artikel leent zich uitstekend voor een richtlijnconforme invulling: de integrale redelijkheidstoets kan naar wij menen probleemloos worden ingevuld aan de hand van de aanzienlijke-verstoringstoets en bijbehorende gezichtspunten. Deze toets moet de rechter ook *ambtshalve* betrekken bij de toets ex art. 5:91 lid 4 BW wanneer een consument-erfpachter om een vervangende machtiging vraagt. De oneerlijkheidstoets dient, zoals ook gesteld door Broese van Groenou,<sup>32</sup> te worden toegepast in het kader van de redelijkheidstoets. Omwille van de richtlijnconformiteit dient de kantonrechter zich in dit verband bewust te zijn van het peilmoment van de oneerlijkheidstoets: zou het beding als zodanig de toets aan de richtlijn niet kunnen doorstaan, dan moet de kantonrechter een machtiging verlenen. Hij mag gelet op art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG geen compenserende werking (ten gunste van de erfverpachter)

toekennen aan omstandigheden van na de opname van de standaardvoorwaarden in de akte, die de werking van het beding voor de consument verzachten.

Een voorbeeld aan de hand waarvan dit wat verduidelijkt kan worden, is het volgende. Stel dat in de erfpachtvoorwaarden is geregeld dat de grondeigenaar zijn toestemming voor overdracht mag weigeren als de erfpachter niet akkoord gaat met een nieuwe canon, waarvan de hoogte volledig ter discretie van de eigenaar is. Enkele jaren na de overdracht wenst de erfpachter het recht over te dragen en vraagt hij toestemming. De grondeigenaar stelt op dat moment onder verwijzing naar taxatierapporten dat de grondwaarde sinds de vestiging 10 procent gestegen is en hij stelt als voorwaarde voor toestemming dat de canon met 10 procent verhoogd wordt. De erfpachter stapt naar de kantonrechter en vraagt vervangende machtiging. Zou in deze procedure de kantonrechter tot de conclusie komen dat het in de erfpachtvoorwaarden opgenomen beding – waarin de grondeigenaar geheel te zijner discretie een canon zou kunnen vaststellen – oneerlijk is, dan moet het beding buiten toepassing blijven; óók als de kantonrechter – met inachtneming van het feit dat de erfpachtvoorwaarden voorzien in een canonverhoging ter gelegenheid van de overdracht – hij de feitelijk gevraagde canonverhoging niet per se onredelijk zou vinden. Het verzoek om machtiging moet dan worden beoordeeld alsof de erfpachtvoorwaarden niet in een expliciete grondslag voor canonverhoging zouden voorzien. Daarin zou dan uitsluitend zijn geregeld dat de erfpachter voor overdracht toestemming nodig heeft.

Wel is toegestaan om ten nadele van de grondeigenaar rekening te houden met latere onvoorziene omstandigheden. Het is met andere woorden dus wel mogelijk om een beroep op een beding onredelijk te achten, hoewel dat beding op zichzelf niet oneerlijk is. In dat opzicht biedt art. 5:91 lid 4 BW meer bescherming dan de oneerlijkheidstoets.<sup>33</sup>

### 5.3 Een richtlijnconforme en afschrikwekkende sanctie

De vraag is vervolgens of, als een rechter in het kader van een toetsing aan art. 5:91 lid 4 BW concludeert dat een beding als art. 10 lid 3 het evenwicht aanzienlijk verstoort, hij ook zonder meer verplicht is om dat beding te vernietigen met toepassing van art. 6:233 sub a BW. Vaste rechtspraak van het HvJ EU vergt dat gebruikers voldoende worden ‘gestraft’ voor het gebruik van oneerlijke bedingen en dat dergelijke bedingen buiten toepassing worden gelaten (art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG bepaalt in dit verband dat de consument niet door het oneerlijke beding wordt gebonden).<sup>34</sup> In

32 J. Broese van Groenou, ‘Het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen’, WPNR 2015/7106, p. 350, voetnoot 57.

33 Hetgeen is toegestaan gelet op de minimum-harmonisatiedoelstelling van de richtlijn.

34 HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15 (*Gutierrez Naranjo*), r.o. 60 en HvJ EU 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, (*Unicaja Banco en Caixabank*), r.o. 31, alsmede de aldaar aangehaalde rechtspraak, in het bijzonder HvJ EU 14 juni 2012, zaak C-618/10, NJ 2012/512 (*Banesto*), r.o. 65.



strijd met dit regime is bijvoorbeeld om de werking van een oneerlijk boetebeding slechts te beperken door de hoogte van een boete ex art. 6:94 BW tot een billijk niveau te matigen; oneerlijke boetebedingen moeten geheel vernietigd worden.<sup>35</sup> Om te voorkomen dat onredelijke boetebedingen die sanctie ontlopen, zou die matigingsbevoegdheid de uitkomst van de oneerlijkheidstoets ook niet langer mogen beïnvloeden.<sup>36</sup>

Geldt iets vergelijkbaars voor oneerlijke bepalingen in het kader van een 5:91-toestemmingsbeding en de aan de art. 5:91 lid 4-toets verbonden 'sanctie'? Daartegen is in te brengen dat art. 5:91 lid 4 BW, anders dan art. 6:94 BW, een duidelijke mogelijkheid biedt van een digitale, ongenueerde uitkomst: de kantonrechter kan een vervangende machtiging verlenen die aan *geen enkele* voorwaarde is verbonden. Van een 'verboden herziening' is dan geen sprake. Een dergelijke sanctie lijkt ons zonder meer afschrikwekkend voor de erfverpachter. Zo bezien vormt de toegang tot de redelijkheidstoetsing van art. 5:91 lid 4 BW bij de koppeling van de herziening aan het overdraagbaarheidsbeding, een omstandigheid die wél mag worden meegewogen bij een onredelijkbezwarendtoets ex art. 6:233 sub a BW.

Niettemin menen wij – gelet op de effectieve bescherming van de consument-erfpachter en de door het HvJ EU verlangde preventieve afstraffing van oneerlijke bedingen – dat de (ambtshalve) vernietiging van het beding de voorkeur zou moeten krijgen,<sup>37</sup> boven het buiten toepassing laten van het beding in een concreet geval.<sup>38</sup> Daarbij speelt ook een rol dat het weinig zin heeft om een onredelijk beding dat – ook in toekomstige gevallen – vanwege zijn onredelijke karakter telkens buiten toepassing moet blijven, zelf wel in stand te laten: een voorwaarde waarmee in geen toekomstig geval rekening moet worden gehouden, kan net zo goed geheel worden vernietigd.

Aandachtspunt hierbij is nog wel wat er in zo'n geval precies vernietigd zou moeten worden. Het toestemmingsbeding zoals dat in de voorwaarden van bijvoorbeeld Staatsbosbeheer is opgenomen, bestaat in wezen uit twee componenten. Ten eerste is er de bepaling op grond waarvan de erfpachter toestemming nodig heeft voor overdracht, zoals die bepaling mogelijk is op grond van art. 5:91 lid 1 BW. Ten tweede is er de bepaling die zegt dat de toestemming in ieder geval geweigerd kan worden om een specifiek opgeschreven reden. Zou dat tweede element van de regeling oneerlijk zijn, dan zou de gedachte kunnen opkomen om de gehele toestemmingsregeling te vernietigen. De effectiviteit van al-

leen de vernietiging van het tweede element, is immers zeer relatief. Daarmee wordt namelijk niet voorkomen dat, zoals het hof zelf aangeeft (r.o. 2.5.12), nog steeds toestemming voor overdracht nodig is en die toestemming nog steeds aan voorwaarden kan worden onderworpen. In theorie zou zo'n voorwaarde ook opnieuw een canonherziening kunnen zijn, met dien verstande dat die – zonder enige grondslag dáárvoor in de erfpachtvoorwaarden – de kantonrechterlijke redelijkheidstoets niet zal kunnen doorstaan.

In lijn met de rechtspraak van het HvJ EU kan wellicht verdedigd worden dat de onredelijkheid van het financiële element in het toestemmingsbeding, tot het geheel vernietigen van de toestemmingsregeling zou moeten leiden. Aangenomen zou kunnen worden dat tussen beide bedingen een onverbreekelijk verband bestaat (art. 3:41 BW) en dat het toestemmingsdeel niet kan blijven voortbestaan zonder daaraan gekoppelde voorwaarde. De gebruiker van oneerlijke bedingen zou anders niet voldoende worden gestraft. Het zoeken is echter, wat ons betreft, naar een mechanisme waarin sancties behalve afschrikkend ook passend, in de zin van evenredig zijn.<sup>39</sup> Daarin past dat de toestemmingsregeling als zodanig haar werking behoudt, zodat de grondeigenaar – net zoals in het (in de erfpachtpraktijk niet ongebruikelijke) geval waarin hij van meet af aan niet meer zou hebben bedongen dan dát de erfpachter voor overdracht toestemming nodig heeft – in de toekomst nog wel ruimte heeft om bijvoorbeeld eisen te stellen ten aanzien van de persoon van de nieuwe erfpachter. Daarbij speelt ook een rol dat art. 5:91 lid 1 BW een toestemmingsbeding in beginsel toestaat (art. 1 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG bepaalt dat contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke bepalingen zijn overgenomen, niet aan deze richtlijn zijn onderworpen). In onderhavige zaak kiest het hof er terecht voor om de toestemmingsregeling overeind te houden.

De bescherming van de consument is buitengewoon belangrijk maar rechtvaardigt volgens ons niet dat de vernietigingssanctie het hier geheel overneemt van art. 5:91 lid 4 BW, een op de erfpacht toegesneden sanctiemechanisme. Wij wijzen toch graag op de systematiek van ons Burgerlijk Wetboek, die nulliteiten waar mogelijk terugdringt.<sup>40</sup> Door enkel het beding te vernietigen dat expliciet de ruimte schept om toestemmingen te onderwerpen aan oneerlijke voorwaarden, blijft men in lijn met die systematiek zonder afbreuk te doen aan de effectiviteit van de richtlijndoelstellingen. Van essentieel belang is wel dat de kantonrechter van zijn plicht tot richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW doordrongen is. Als een beding de oneerlijkheidstoets

35 Zie o.m. HvJ EU 14 juni 2012, zaak C-618/10, NJ 2012/512 (*Banesto*); HvJ EU 30 mei 2013, zaak C-488/11 (*Asbeek Brusse en De Man Garabito*); HvJ EU 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13 (*Unicaja Banco en Caixabank*).

36 Vgl. C.M.D.S. Pavillon, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse algemene voorwaarden-regeling (afdeling 6.5.3 BW)' in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht. Serie Onderneming en Recht deel 81-II* (Onderneming en recht). Deventer: Kluwer 2014, nr. 14. Niet alle rechters zijn zich echter van deze implicatie van de rechtspraak van het HvJ EU bewust: Ktr. Rotterdam 22 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8381, r.o. 4.5.

37 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (*X/Dexia*).

38 Vgl. de afschrijving van art. 6:248 lid 2 BW als grondslag voor de ambtshalve toetsing in het rapport Ambtshalve toepassing II 2014, p. 29.

39 Zoals vereist door art. 7 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG. Vgl. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (*X/Dexia*) waarin de Hoge Raad een andere lijn verkiest dan het HvJ EU, waarin wél wordt teruggevallen op aanvullend recht. De keuze om terug te vallen op aanvullend recht wordt helaas niet nader gemotiveerd.

40 Vgl. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, hoofdstuk III, dezelfde, 'Nieuw nulliteitenrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 10, L.C.A. Verstappen, 'Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer', in: A.S. Hartkamp e.a., *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (preadvies KNB), Den Haag: Koninklijke Vermande 2003, p. 72-75 en A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Mon. BW A1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 21.

niet doorstaat dient een onvoorwaardelijke machtiging tot overdracht te worden verleend.

## 6. Conclusie

Het Hof Arnhem-Leeuwarden boog zich recentelijk over door Staatsbosbeheer in het verleden gehanteerde erfpachtvoorwaarden. Een aan de toestemming voor de vervreemding van het erfpachtrecht gekoppelde herziening van de canon onderwierp het hof ambtshalve aan de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Wij bespraken deze toetsing en gingen uitvoerig in op de door het hof toegepaste, uit het Europese rechtspraak afkomstige, vergelijkingstoets. Hierbij toetst de rechter de uitgangssituatie aan een fictieve situatie die recht doet aan het bestaande wettelijk kader, mede in acht genomen *'de middelen waarover de consument volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, de aard van de goederen of de diensten waarop de overeenkomst in kwestie betrekking heeft en alle omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst'*.<sup>41</sup> Waar in deze zaak de schoen wringt, is dat het hof de beginsituatie onjuist interpreteert en bij het schetsen van de fictieve situatie het wettelijk kader weinig houvast biedt. In zo'n geval moet de rechter terugvallen op de genoemde gezichtspunten en hier een evenwichtige fictieve referentiesituatie uit afleiden. Hierin is het hof, zo betogen wij, niet helemaal geslaagd. Het zij evenwel benadrukt dat een en ander niet betekent dat de uitkomst van de toetsing een andere zou zijn geweest. Het gaat ons enkel om de motivering van deze uitkomst.

Wij bevestigden voorts de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW waarin het toetsingskader van het HvJ EU wordt aangewend om de redelijkheid van de aan de vervreemding gestelde voorwaarde te beoordelen. Indien sprake is van een oneerlijk beding, dan dient de rechter een vervangende machtiging te verlenen. Het oneerlijke beding dient onzes inziens dan ook te worden vernietigd. Dat geldt echter uitsluitend voor het element in de toestemmingsregeling dat het stellen van de desbetreffende (oneerlijke) voorwaarde mogelijk maakt. De vernietiging zorgt er dus niet voor dat toekomstige erfpachters geheel zonder toestemming kunnen overdragen. Op die manier is voldoende gewaarborgd dat het oneerlijke beding de consument niet bindt, zoals art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG voorschrijft; bovendien is die sanctie passend en voldoende afschrikwekkend.

<sup>41</sup> HvJ EU 26 januari 2017, zaak C-421/14, RCR 2017/29 (*Banco Primus*), door het Hof Arnhem-Leeuwarden woordelijk aangehaald in r.o. 2.5.4.